

ANÁLISE DE DECISÕES CONCESSIVAS DE ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PELO TJ/MS NO CONTEXTO DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS

ANALYSIS OF CONCESSIVE DECISIONS IN *HABEAS CORPUS* BY TJ/MS IN THE CONTEXT OF CRIMINAL DRUG POLICY

Camila Maués dos Santos Flausino

Mestre em Direito FDRP/USP. Pós-graduanda (lato sensu) em Ciências Criminais FDRP/USP. Defensora Pública do Estado de Mato Grosso do Sul.

Ex-Defensora Pública dos Estados do Amazonas e Piauí.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8783288408891303>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2295-2817>

camilamsflausino@gmail.com

Resumo: Através do presente estudo, procedeu-se à análise qualitativa de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJ/MS) no período de dois anos (entre 01/07/2019 a 30/06/2021), com o fim de compreender a performance desta corte no controle sobre prisões preventivas decretadas em casos de tráfico de drogas, valendo-se da dinâmica correlacional entre quantidade e natureza da droga apreendida (variáveis independentes) com a tendência decisória de concessão de ordens de Habeas Corpus (variável dependente). Aferiu-se, ao final, que, nesses casos, o TJ/MS performatiza um controle fático sobre prisões preventivas e que esse controle, sob determinadas invariáveis (primariedade e demais condições pessoais favoráveis), não importa em afrouxamento da política criminal de enfrentamento ao tráfico de drogas prevalente no país.

Palavras-chave: Tráfico de drogas – Prisão preventiva – *Habeas Corpus* – Política criminal de drogas.

Abstract: Through this study, a quantitative and qualitative analysis of decisions rendered by the Court of Justice of Mato Grosso do Sul (TJ/MS) in a two-year period (between (07/01/2019 to 06/30/2021)), in order to understand the performance of this court in the control of preventive arrests decreed in cases of drug trafficking, making use of the correlational dynamics between the quantity and nature of the drug seized (independent variables) with the decisional tendency to grant orders for Habeas Corpus (dependent variable). In the end, it was verified that, in these cases, the TJ/MS performs a factual control over preventive arrests and that this control, under certain invariables (primarity and other favorable personal conditions), does not matter in the loosening of the criminal policy to confront the drug trafficking prevalent in the country.

Keywords: Drug trafficking – Pre-trial detention – *Habeas Corpus* – Criminal drug policy.

Introdução

A questão das drogas no Brasil é um problema social que de longe não encontra solução.¹ O Poder Judiciário arvora-se como campo legitimado de repercussão de decisões político-criminais normatizadas e consiste em um efetivo porta-voz das estratégias de Estado concernentes às drogas, de forma que sua atuação jurisdicional cotidiana é forjada em conformidade com medidas repressivas atinentes à matéria.

Nesse viés, a decretação de prisão preventiva a pessoas presas por conduta qualificada em concreto como tráfico de drogas segue a lógica repressiva delineada pelo Estado, sob o solo processual penal, dentro das fronteiras rígidas estabelecidas pelos direitos e garantias fundamentais.²

A vedação à concessão de liberdade provisória, prevista no art. 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 104.339/SP,³ ao declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão por violação ao princípio da proporcionalidade. Nesse horizonte, os requisitos e pressupostos para a decretação da preventiva devem ser analisados casuisticamente, quando da análise do pedido de representação da autoridade policial ou requerimento do

Ministério Público, devendo a decisão ser motivada e fundamentada em concreto, sendo defeso ao magistrado impor essa cautelar segregatória de ofício.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJ/MS) atua politicamente em matéria de combate ao tráfico de drogas, apresentando elementos decisórios coerentes com o tratamento normativo mais gravoso conferido pelo legislador e pelo Executivo ao sujeito ativo desse delito.⁴ Não obstante, atua como freio contra excessos casuísticos, que evidenciam a desnecessidade fática de prisões preventivas ao conceder ordens de *Habeas Corpus* sob determinadas condições subjetivas e fáticas.

Assim, neste estudo, busca-se compreender como se dá esse controle sobre as prisões preventivas, a partir da dinâmica relacional entre a quantidade da droga apreendida e a natureza do entorpecente que conduzem a decisões concessivas de liberdade a pacientes primários e que portam condições pessoais favoráveis.

1. O tratamento processual conferido à pessoa presa por tráfico de drogas: uma análise qualitativa de decisões do TJ/MS

Nesse contexto, relativamente ao enfrentamento ao tráfico de drogas, o Poder Judiciário brasileiro, a seu turno, adota posturas e estratégias típicas de política criminal no exercício de sua

função jurisdicional, que merecem atenção especial, uma vez que repercutem diretamente no sistema penal e na sociedade.

Uma dessas estratégias experienciadas no dia a dia forense é o rigoroso tratamento processual repressivo que o Judiciário dispensa a pessoas surpreendidas em situação qualificada pela autoridade policial como tráfico de drogas em contexto flagrancial, de forma que a prisão preventiva é utilizada como importante instrumento de política criminal de enfrentamento ao tráfico de drogas. Reforça-se o caráter político-criminal da jurisdição penal no tema e, somado a isso, a ausência de critérios legais objetivos para diferenciação de condutas relativas ao porte para consumo pessoal e à traficância, o que contribui para a discricionariedade e a insegurança jurídica na análise dos requisitos e pressupostos atinentes à decretação de prisão preventiva, nos termos do art. 312, do Código de Processo Penal (CPP).

1.1. Da Metodologia

Para a pesquisa, através do sítio eletrônico do TJ/MS na Internet, foram consultados ao todo 74 (setenta e quatro) acórdãos no banco de jurisprudência da segunda instância, proferidos no intervalo de dois anos⁵ e ordenados conforme a data de publicação. Foram utilizadas as seguintes chaves de busca: "data de publicação: de 01/07/2019 a 30/06/2020 e de 01/07/2020 a 30/06/2021", "classe: Habeas Corpus criminal", "assunto: tráfico de drogas e condutas afins" e ementa contendo "primário" e "drogas" e "primária" e "drogas". A pesquisa exploratória consistiu em levantamentos informacionais de acórdãos nas três câmaras criminais e nas duas seções criminais do TJ/MS. Para o primeiro conjunto de parâmetros identificadores "primário" e "drogas" foram localizados 58 (cinquenta e oito) acórdãos e para o segundo conjunto, "primária" e "drogas", foram encontrados 16 (dezesseis) acórdãos.

Desse universo de 74 (setenta e quatro) acórdãos, 17 (dezessete) foram desprezados na investigação, porque ou a) em três não se referiam a paciente com condições pessoais favoráveis, como a primariedade ou ausência de antecedentes criminais; ou b) porque em dois foi denegada a ordem de *Habeas Corpus*, a despeito da primariedade do paciente, em razão da alegada grande quantidade de entorpecente apreendido (344,4 kg de maconha em um e 1.010,1 kg de maconha em outro); ou c) porque em um restou evidenciado um contexto que implicava traficância para além da mera apreensão da droga, como porte de fuzil e rádio transmissor; ou d) porque noutro não foi conhecida a ação de *Habeas Corpus* devido à litispendência; ou e) porque em cinco a ordem foi concedida por motivo humanitário (com destaque para cumprimento do HC coletivo 143.641/SP); f) ou porque em três a ordem foi concedida por ausência de fundamentação idônea, sem aferição de quantidade da droga; ou g) porque, por fim, em dois, o TJ/MS discutiu, precipuamente, a (in) existência de *periculum libertatis* no caso concreto, também sem aferição de quantidade da droga. Em síntese, esses achados foram descartados, pois não contribuem para a análise da tendência decisional do TJ/MS para a concessão de *Habeas Corpus* frente ao cruzamento entre quantidade da droga e sua natureza à vista de condições pessoais favoráveis do paciente.

O gênero do paciente foi propositadamente neutralizado, tornando-o uma variável de controle, com o escopo de impedir a interferência na análise da relação entre variáveis independentes e dependentes (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 138-144). Em outros termos, nos casos analisados, o gênero não foi um fator determinante para o resultado, ou seja, na decisão de soltar ou manter encarcerado o paciente.

Foram somadas as quantidades de cocaína e crack ou cocaína e *skunk* (também chamada de *skank*), por possuírem natureza semelhante, e, nos casos de apreensão de duas espécies de drogas diversas, como maconha com cocaína, maconha com crack ou maconha com outras drogas semissintéticas ou sintéticas, como *ecstasy*, considerou-se o montante maior, para o fim de averiguação da posição de preponderância da natureza dos entorpecentes. O TJ/MS foi selecionado enquanto lócus empírico para o presente estudo, em razão da autora atuar nesse Estado como Defensora Pública e ter acesso irrestrito ao banco de jurisprudência pelo site da corte, o que se mostrou enquanto contexto significativo.

1.2. Do resultado

Sem apreciar a densidade semântica da redação utilizada nos julgados, o resultado levantado revela o entrosamento entre as variáveis independentes "quantidade de droga" (metrificável) e "natureza do entorpecente apreendido", sob idêntica influência da primariedade e de outras condições pessoais favoráveis diversas (invariáveis), e como a variável dependente resultante (ordens de *Habeas Corpus*, com revogação da prisão preventiva) desvela, por conseguinte, uma margem de decisão revocatória, que permite a conclusão de que haverá grande probabilidade de ter uma ordem de *Habeas Corpus* deferida (variável dependente) entre 0,5 grama a 1.000 gramas de cocaína⁶ ou outras substâncias sintéticas ou semissintéticas, e de 1,8 grama a 8.810 gramas de maconha.⁷

Outra conclusão é que a concessão da ordem de *Habeas Corpus* junto ao TJ/MS, no que concerne ao tráfico de drogas, subordina-se a dois critérios positivos, quais sejam: à presença de pequena quantidade de droga (independentemente de sua natureza) e de condições pessoais favoráveis, bem como a um critério negativo correspondente à ausência de circunstâncias objetivas e contextuais, que descartam a hipótese de tráfico de drogas ilícitas no caso concreto.

2. Apontamentos críticos sobre o resultado obtido

Com o levantamento acima detalhado, evidenciou-se como se dá a atuação responsiva do TJ/MS em julgamentos de *Habeas Corpus*, cuja tônica argumentativa defensiva centra-se na quantidade e na natureza da droga, de modo a sanar ilegalidades apontadas em prisões preventivas desnecessárias.

A partir da compreensão dessa performance institucional, dinâmica no período delimitado, infere-se a importância de uma corte de segunda instância vigilante a ilegalidades e de uma defesa técnica efetiva, que conduza ao tribunal situações fáticas de aprisionamentos abusivos remediáveis pela via do *Habeas Corpus*. Essa interface dialógica no campo judiciário caracteriza importante aspecto do Estado Democrático de Direito, garantidor, a um só tempo, do acesso à justiça e do alinhamento desse Estado ao seu dever de coerência interna, com sujeição às leis e sanando seus desvios.

O recorte aponta para um padrão de decisão do TJ/MS, com elementos narrativos próprios construtores dos argumentos alijadores da ilegalidade prisional nas decisões analisadas, na valoração da quantidade e da natureza da droga; entretanto, não expõe subsídios que assegurem uma sistematicidade intrínseca ou um paradigma metódico de julgamento dos *Habeas Corpus* diante da variável independente (e comensurável) "quantidade de droga".

Por outro lado, inferiu-se excessiva discricionariedade dos juízes de primeiro grau na interpretação do que se compreende "pequena

quantidade de droga” ou “não elevada quantidade de droga” (elementos narrativo-textuais comuns nas decisões analisadas), decisiva para discriminar a conduta de posse de droga para consumo pessoal de tráfico, conforme dispõe o art. 28, §2º, da Lei 11.343/2006. Essa inferência resulta em outra, consequencialmente: que o juízo de primeiro grau tende a não seguir o padrão de decisão do TJ/MS delineado para essa discussão.

Outra constatação é que o padrão de decisão da corte é coerente com o discurso oficial de política criminal repressiva às drogas, ao continuar referendando persecuções penais em andamento no primeiro grau com grande probabilidade de desclassificação para o crime de posse para consumo pessoal, a despeito de declarar, na maioria dos julgados analisados, diminutas porções de drogas com baixa lesividade à saúde pública e à míngua de indicativos objetivo-contextuais de traficância.

Por fim, o recorte não permitiu analisar os subpadrões de julgamento das três câmaras e das duas seções criminais, o que instiga outros estudos em conformidade com a metodologia proposta, com vistas à previsibilidade decisional em cada um desses órgãos jurisdicionais, sem prejuízo da análise do discurso neles aplicado.

Considerações finais

Dessa forma, evidenciou-se, através de um recorte temporal e institucional de decisões, como o TJ/MS age sob a política criminal

de enfrentamento às drogas à qual se filia, ao conhecer e julgar ações de *Habeas Corpus* de pacientes primários e que ostentam demais condições pessoais favoráveis, ante a ausência de demais elementos objetivos-circunstanciais que contextualizam a traficância (como, por exemplo, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, nos termos do art. 28, §2º, da Lei 11.343/2006).

Nesse espaço de decisão politicamente qualificado, verificou-se que o TJ/MS, à vista do banco de dados levantado nesse breve estudo, não se porta aleatoriamente na individualidade de cada provocação. Pelo contrário, exerce um controle fático sobre a necessidade de prisão preventiva, em conformidade com um *standard* genérico de gestão do princípio da presunção de inocência, cujo ponto de inflexão assenta-se na quantidade de droga apreendida e na natureza dessa droga, de forma que ambos, quantidade e natureza, preponderam sobre as condições pessoais favoráveis (inclusive primariedade), em uma escala valorativa perceptível a partir da análise de acórdãos do tribunal. Sob esse horizonte, o TJ/MS age, enquanto segundo grau de jurisdição, como freio concreto dos excessos da atuação político-criminal estatal em matéria de drogas, em situações que envolvam a apreensão de 0,5 grama a 1.000 gramas de cocaína ou outras substâncias sintéticas ou semissintéticas, e de 1,8 grama a 8.810 gramas de maconha, muito embora esse controle fático sobre prisões preventivas, com o fim de contornar excessos casuísticos, não implique arrefecimento da política de drogas pelo TJ/MS.

Notas

- 1 Para uma análise detida e cuidadosa sobre a política criminal de drogas no Brasil, vide: MORAIS, 2014, p. 181-233.
- 2 Sobre o discurso de guerra às drogas, trazendo elementos histórico-contextuais: VALOIS, 2016, p. 4-5. Em uma perspectiva comparativa: DE FILIPPO, 2021, p. 4-5.
- 3 BRASIL, 2012.
- 4 Sobre a natureza política das decisões judiciais criminais, vide: ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 65.
- 5 O banco de jurisprudência do TJ/MS permite a busca de decisões com período de até um ano. Por essa razão, a busca foi fracionada em dois blocos de um ano, permitindo uma pesquisa cronologicamente mais ampla. Optou-se por delimitar a pesquisa temporalmente em dois anos, por se considerar uma margem razoável indicativa de atualidade dos julgados coletados.
- 6 Trata-se do HC n. 1400287-70.2020.8.12.0000 (julgado em 30/01/2020), em que a 3ª Câmara Criminal decide, por unanimidade, pela concessão parcial da ordem para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares pessoais diversas, sob o

fundamento de que “inobstante a natureza da droga seja de fato muito perniciosa (cocaína), a quantidade apreendida (um quilo), não é tão elevada, a ponto de levar, por si só, agentes primários, sem antecedentes penais, com residência fixa na capital e trabalho lícito, acusados de crimes praticados sem emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, à segregação cautelar”.

- 7 Trata-se do HC n. 1404688-78.2021.8.12.0000 (julgado em 27/04/2021). A 2ª Câmara Criminal, por unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus* à paciente, primária e com bons antecedentes, entendendo não ser elevada quantidade de substância entorpecente apreendida 8,810 gramas de maconha. Em importante achado, a 3ª Câmara Criminal, no HC n. 1409798-92.2020.8.12.0000 (julgado em 20/08/2020), por unanimidade, entendeu, diante de 4,05 kg de maconha, que “ainda que relevante [a quantidade da droga], não é tão elevada assim, a ponto de, por si só, demonstrar periculosidade do paciente, o qual, como visto, comprovou não possuir antecedentes, ter residência fixa e que possuía trabalho lícito, registrado na drogaria popular farma”.

Referências

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus nº 104339/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 10 de maio 2012. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20121205_239.pdf. Acesso em: 23 mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus nº 143641/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 20 de fevereiro 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 23 mar. 2022.
- BRASIL. Lei nº 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 08 abr. 2022.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.
- DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. War on Drugs e algumas das irracionalidades do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, ano 29, n. 341, p. 4-5, abr. 2021.
- FREITAS FILHO, Roberto et al. Metodologia de Análise de Decisões - MAD. Univ. Jus, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010. Semestral. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/download/1206/1149>. Acesso em: 21 jul. 2021.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça (3ª Câmara Criminal). *Habeas Corpus 1400287-70.2020.8.12.0000*. Relator: Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cposg5/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1400287-70.2020&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=1400287-70.2020.8.12.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>. Acesso em: 08 abr 2022.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça (2ª Câmara Criminal). *Habeas Corpus 1404688-78.2021.8.12.0000*. Relator: Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, 27 de abril de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cposg5/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1404688-78.2021&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=1404688-78.2021.8.12.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO&gateway=true#>. Acesso em: 08 abr 2022.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça (3ª Câmara Criminal). *Habeas Corpus 1409798-92.2020.8.12.0000*. Relator: Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 20 de agosto de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cposg5/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1409798-92.2020&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=1409798-92.2020.8.12.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#>. Acesso em: 08 abr 2022.

MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alves; VALENTE, Sílvio Eduardo. Breves considerações sobre a política criminal de drogas. In: DROGA: uma nova perspectiva. SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 181-233.

OLMO, Rosa del. *A face oculta da droga*. trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

VALOIS, Luís Carlos. O Direito Penal da guerra às drogas. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, ano 24, n. 286, p. 4-5, set. 2016.

WACQUANT, Lóic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001, Revan, 2003.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Recebido em: 23.10.2021 - Aprovado em: 07.02.2022 - Versão final: 08.04.2022